

## PRUEBA PROHIBIDA Y PRUEBA ILÍCITA

CÉSAR AUGUSTO GINER ALEGRÍA

*Alumno del Master en Derecho Penal, Penitenciario y Criminología.*  
Universidad Murcia

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Concepto. 1. Posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. 2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la prueba ilícita y el derecho a un proceso justo. III. Elementos y requisitos. IV. Clases. 1. Criterio temporal o cronológico. 2. Criterio causal o material. V. Consecuencias que se derivan de una prueba ilícita. VI. El principio de exclusión probatoria. VII. El efecto psicológico de la prueba ilícita. VIII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas probatorios más complejos que se plantean en la actualidad es el de la ilicitud de las pruebas. Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, ha vuelto a adquirir protagonismo dada la confusión que ha introducido en sus artículos 283.2 y 287.

La terminología que viene utilizando tanto la doctrina como la jurisprudencia dicta mucho de ser uniforme. Es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina.

En nuestra doctrina Gimeno Sendra distingue entre la prueba ilícita y la prueba prohibida. Para este autor mientras que la primera es la que infringe cualquier ley (no sólo la Fundamental sino también la legislación ordinaria), la prueba prohibida es la que surge, con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales. Distinta es la opinión de Picó Junio, para quien los términos prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, siendo este un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibidos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración. López Barja de Quiroga se decanta por el término prueba prohibida,

por cuanto, en su opinión, es más general y abarca todos los supuestos. Las SS.T.C. 128 y 129/1993, de 19 de abril, utilizaron, también, el término prueba prohibida en referencia a las declaraciones prestadas por el imputado sin ser advertido de su condición.

## II. CONCEPTO

Como destaca **Guariglia** el tema de la prueba ilícita «es uno de los más complejos y polémicos de la dogmática». El primer problema se plantea al abordar el estudio y análisis de su concepto, ya que no existe unanimidad en la doctrina, como se ha visto en la introducción, acerca de lo que debe entenderse por prueba ilícita.

Para un primer sector doctrinal la prueba ilícita es aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es decir contra la dignidad humana. A tal efecto, debemos recordar que el artículo 10.1 de la Constitución proclama la dignidad de las personas y los derechos individuales que le sean inherentes como fundamento de orden político y de la paz social. En esta línea, es necesario recordar el artículo 549 del Proyecto de Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado en 1974, que bajo el título «medios de prueba inadmisibles» establece que «el tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona. La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita: todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente inadmisibile.

Desde otro punto de vista, Montón Redondo considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conducta ilícita.

Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico general, que identifican con la idea de la violación de la norma o contrario a Derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. Dentro de esta concepción, Devis Echandía define las pruebas ilícitas como aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o cortara la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.

También desde una consideración amplia, algunos autores partiendo de las tesis mantenidas en la doctrina italiana por Consó, según la cual todas las normas relativas a las pruebas penales son normas de garantía del acusado, debiéndose considerar

toda sus disciplina como un instrumento de defensa para el imputado, sostienen que toda infracción de las normas procesales sobre la obtención y la práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Esta última postura, que se puede considerar de restrictiva respecto a las anteriores, es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales. Es de destacar que un importante sector de nuestra doctrina se decanta por esta última concepción.

Los partidarios de esta concepción citan en apoyo a su argumentación la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y el propio artículo 11.1 de la L.O.P.J. Por tanto, desde esta orientación, la prueba ilícita o la prueba prohibida se debe circunscribir únicamente a los casos en que, en su obtención, dentro o fuera del proceso, resulten vulnerados alguno de los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de nuestra Constitución, que son susceptibles de amparo constitucional, así como el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

Para concluir, conceptualizaremos que la ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del Derecho Constitucional a la prueba. Como recuerda constantemente el Tribunal Constitucional, estamos en presencia de un Derecho de configuración legal, motivo por el cual el legislador puede regular su ejercicio como estime más oportuno (STC 121/2004, de 12 de julio; 88/2004, de 10 de mayo).

La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria esta contaminada por la vulneración de un Derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un Derecho fundamental. En consecuencia, como puede comprobarse, el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados Derechos fundamentales. Este concepto se deduce de las siguientes dos normas:

A) El artículo 7.1 y 11.1 de la L.O.P.J. Conforme dispone el artículo 7.1 de la L.O.P.J. «los Derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos. Por su parte, el artículo 11.1 de la LOPJ establece «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Estos preceptos, introdujeron por primera vez en nuestro sistema procesal una norma que formula, de manera expresa, la prescripción de la prueba ilícita.

B) El artículo 287, de la LECrim indica que «ilicitud de la prueba: cuando algunas de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá que alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes».

El precepto 11,1 de la L.O.P.J, viene a significar que toda prueba que se obtenga con violación de un Derecho fundamental ha de ser considerada nula y por tanto su

valoración, apreciación o toma en consideración vedada o, lo que es lo mismo, en caso alguno los Tribunales podrán tenerla en cuenta para basar en ella una sentencia condenatoria (STC 81/98, 2 de abril).

Es decir, si una prueba ha sido obtenida (policial o judicialmente) con vulneración de los derechos y/o libertades del ciudadano investigado, la misma no podrá ser tomada en consideración a efectos probatorios, debiéndose considerarse, por regla general, inexistente a los mencionados efectos.

Por ejemplo, si se practica la entrada o registro de un domicilio sin autorización de su morador, o, en su defecto, de la autoridad judicial, y en el transcurso del mismo se halla una pistola que aquél posee careciendo de la licencia o permiso necesarios (artículo 564.1 del Código Penal), dicha pistola no podría ser utilizada como prueba para acusar a su poseedor de un delito de tenencia ilícita de armas.

### **1. Posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo**

Como hemos señalado, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, es utilizada por un importante sector de nuestra doctrina en apoyo de una concepción restrictiva de la prueba ilícita. Dicha sentencia marcó un hito importante dentro de nuestro ordenamiento jurídico al ocuparse del valor probatorio de los medios de prueba obtenidos ilícitamente en un momento en que se carecía de normas jurídicas acerca de la prueba prohibida. En la misma, el Tribunal Constitucional vino a proclamar, con carácter absoluto, la inadmisibilidad procesal de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no trató de resolver el problema de la prueba ilícita en general, ni mucho menos dar una definición de la misma. La propia sentencia reconoce, en su F.J. 4º que «no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la resistencia frente a la misma de los derechos fundamentales. Con ello, parece dar a entender que el tema de la prueba ilícita no se agota en aquellas pruebas que se obtienen con vulneración de derechos fundamentales, aunque limita, en principio, la aplicación de la sanción de nulidad a estas últimas. Así, distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de derechos fundamentales, anudando la sanción de nulidad sólo a este último caso. Por tanto, dicha sentencia no puede ser esgrimida para defender a ultranza una concepción restrictiva de la prueba ilícita en nuestro ordenamiento jurídico.

Especial alcance tuvo la STC 86/1995, que formula la teoría de la conexión de la antijuridicidad para matizar el alcance de la ilicitud de la prueba derivada, dicha teoría alcanzó plena plasmación en la STC 81/1998, dictada a propósito de una prueba derivada de otra ilícita por vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones,

El Tribunal Constitucional considera que para la prohibición de valoración predecible de la prueba ilícita originaria pueda también alcanzar a aquéllas habrá de determinarse si tales pruebas derivadas se hallan o no vinculadas a las que vulneraron directamente un derecho y/o libertad fundamental, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad).

Pero, la reciente STC 209/2003 ha ratificado de forma absoluta el planteamiento de la mencionada teoría como criterio determinante de la licitud o ilicitud probatoria de las pruebas derivadas.

Por su parte, en la doctrina de la Sala 2ª del T.S. podemos distinguir dos orientaciones distintas. Una primera jurisprudencial, que cabe calificar de mayoritaria, identifica la prueba ilícita o prohibida con aquella en cuya obtención o práctica se han lesionado derechos fundamentales, decantándose así en una concepción restrictiva. En este sentido, el Auto Sala 2ª T.S. de 18 de junio 1992, dictado en el denominado caso Naseiro, declara, en su f.j.4º, que «nadie niega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el Derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (artículos 24.2 y 14 de la Constitución y con el artículo 11,1 de la L.O.P.J.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia viene distinguiendo entre prueba ilícita, que identifica con prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, y prueba irregular. Respecto a esta última señala que no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle todo valor probatorio. Esta distinción conceptual ha sido acogida por la Fiscalía General del Estado que se pronuncia de la siguiente manera en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado en 1996*: por prueba ilícita se entiende aquella en la que su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades fundamentales; y, finalmente la prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica.

Una segunda línea jurisdiccional minoritaria parte de una concepción más amplia de ilicitud probatoria, admitiendo que dicha ilicitud puede tener su origen no sólo en la violación de los derechos fundamentales sino, también, en la infracción de la legalidad procesal ordinaria, aunque limita su inadmisibilidad e ineficacia a los supuestos en que la prueba haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

## **2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la prueba ilícita y el derecho a un proceso justo**

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en sentencia de 12 de julio de 1988 (caso SCHENK contra Suiza) abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho justo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido en la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter cívico sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

El Tribunal optó en la sentencia por una solución intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas, al tratarse de una cuestión de valoración probatoria, y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión.

En concreto el Tribunal debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según la jurisprudencia del Estado suizo demandado.

El Tribunal desestimó las alegaciones del demandante concluyendo que el uso de la grabación ilegal no le había privado de un proceso justo y, por tanto, no se había infringido el artículo 6.1 del Convenio. EL Tribunal no puede excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo.

De lo expuesto, lo verdaderamente relevante de la sentencia es destacar que el Tribunal Europeo de los derechos Humanos no descarta que en algunos casos la forma de obtención de las pruebas incriminatorias puede tener incidencia directa a un proceso justo implicando una vulneración de las exigencias derivadas de su reconocimiento en el artículo 6.

### **III. ELEMENTOS Y REQUISITOS**

Del precepto 11.1 de la L.O.P.J pueden extraerse los requisitos y elementos de la prueba ilícita o prohibida.

Este tipo de pruebas no se producen en el momento de práctica del medio probatorio, sino que tiene su lugar de encaje en la fase de obtención de los elementos que posteriormente van a integrarse en un determinado medio probatorio. Las irregularidades que se producen en la práctica del medio probatorio encajan bien en el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia, o bien a las nulidades a que se refiere el artículo 238 L.O.P.J.

Conforme a lo dicho, suponen supuestos de ilicitud de prueba:

Toda labor de búsqueda e investigación de fuentes de prueba. Así, la relativa a los hechos que en ningún caso es posible investigar por estar amparados al secreto personal (diarios íntimos) o por el profesional. De igual modo, aquellas investigaciones que no respetan los requisitos exigibles para la restricción de derechos fundamentales en el curso de una investigación penal (entrada en domicilio sin orden judicial ni fragancia o consentimiento del titular). O bien, medios probatorios no autorizados por la Ley. Por ejemplo interrogatorios a un familiar sin expresar que tan sólo ha de hacerlo si así lo decide libremente (artículos 24.3 de la Constitución y 416 de la LECrim).

- Aplicación de métodos ilícitos en la toma de declaraciones al imputado.
- Retraso malicioso en el conferimiento de la condición de imputado y declaración del mismo en calidad de testigo o, bien, no permitirle tomar parte contradictoria en la investigación.
- Valoración de una declaración de forma contraria a los derechos que establecen los artículos 24.2 de la Constitución y 520 de la LECrim. Como puede ser valorar el silencio en contra o como indicio, o la coartada falsa como elemento de convicción.

El artículo 11.1 de la L.O.P.J ha acogido la teoría americana conocida como «frutos del árbol prohibido», que viene a decir, que no es posible valorar a los efectos de dictar una sentencia condenatoria una prueba que, aun procediendo de un medio legítimamente obtenido, tenga su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales. Si el árbol está envenenado, también lo estarán los frutos nacidos o provenientes del mismo. Al respecto, se han operado muy diversas soluciones e interpretaciones.

Una entiende que debe rechazarse en todo caso esta teoría toda vez que llevar tan lejos la prohibición sería tanto como dejar inerte la actividad investigadora del Estado. Defensor de esta teoría es Pastor Borgoñon.

Otra estima que, la prohibición debe permanecer cuando existe una relación de causalidad entre ambas pruebas (la legítima y la ilegítima), de modo que la segunda sólo hubiera sido posible tras la obtención de la primera. Esta postura es la que ha acogido nuestro Tribunal Constitucional cuya posición se concreta en los siguientes postulados según la STC 81/1998, 2 de abril:

1. Todo elemento probatorio que se deduzca a partir de un hecho que vulnere derechos fundamentales es nulo.
2. No obstante, pueden considerarse válidas si son independientes. La regla general es la validez de las pruebas reflejas, su posibilidad de valoración, y no la contraria, por lo que, la prohibición de su apreciación sólo será posible si:

3. Se hallan vinculadas las pruebas de modo directo, es decir, existe un nexo tal entre ambas que permite afirmar su ilegitimidad constitucional. Para ello habrá que valorar el derecho fundamental valorado y considerar así la vulneración del mismo y la necesidad de su protección debe transmitirse a la prueba lícita.

Con todo, el Tribunal Constitucional establece una doctrina compleja que si bien ha de considerarse útil a los efectos de evitar mecanismos absurdos, no obstante la solución ofrecida es de tal complejidad que difícilmente va a resultar ilícita una prueba refleja.

La doctrina de los frutos del árbol prohibido viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un Derecho fundamental.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia española entiende que en España ha sido acogida la teoría de origen norteamericano de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita), en virtud de los términos «directa o indirectamente» que emplea el artículo 11,1 de la L.O.P.J.

Pero, debemos afirmar, para concluir, que la doctrina de los «frutos del árbol prohibido» supone un límite a la eficacia y virtualidad del Derecho a prueba, configurado como fundamental en nuestra norma *normarum* (artículo 24.2 de la Constitución), lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo. Esta interpretación conduce a negar que el artículo 11,1 de la L.O.P.J. suponga la consagración legal de los efectos de la prueba ilícita, además, en el proceso civil, en ningún momento se recoge la doctrina del árbol prohibido.

#### IV. CLASES

Son innumerables las clasificaciones de prueba ilícita que la doctrina ha venido elaborando. Así, utilizaremos dos criterios, el primero atendiendo al momento de la ilicitud (criterio temporal o cronológico) y el segundo a la causa que motiva dicha ilicitud (criterio causal o material).

##### 1. Criterio temporal o cronológico

Aquí podemos distinguir entre ilicitud extraprocésal e intraprocésal.

La ilicitud extraprocésal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho, en el momento de la obtención de las fuentes de prueba. Afecta, por tanto, a la labor de investigación de los hechos, es decir, a la búsqueda, recogida y obtención de las fuentes de prueba (por ejemplo los documentos que se han obtenido delictivamente y después son incorporados al proceso).



La ilicitud intraprocesal es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y practica de la prueba durante el proceso (por ejemplo, el empleo en los interrogatorios del imputado de medios coactivos).

## 2. Criterio causal o material

Atendiendo a la causa que origina su ilicitud podemos distinguir entre pruebas expresamente prohibidas por la ley, pruebas irregulares y/o ilegales y pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales).

### 2.1. *Las pruebas expresamente prohibidas por la ley*

Desde esta perspectiva podemos distinguir entre prohibiciones legales de carácter singular, según las mismas vayan referidas a un medio de prueba con carácter abstracto o general o, por el contrario, tengan un alcance más limitado. En la actualidad se puede afirmar que son escasas tales disposiciones normativas de carácter prohibitivo.

Entre las prohibiciones legales de carácter singular podemos destacar las siguientes:

- Prohibiciones que afectan a la materia de investigación o prueba.
- Prohibiciones que afectan a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes de prueba.
- Prohibiciones concretas que afectan a determinados medios de prueba. Como son:  
La prueba testifical: los testigos – parientes.  
Los testimonios de referencia.

### 2.2. *Pruebas irregulares o defectuosas*

Es aquella en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley.

### 2.3. *Pruebas obtenidas o practicadas con infracción de los derechos fundamentales de las personas (pruebas inconstitucionales)*

Dentro de este tipo de pruebas Serra Domínguez distingue entre aquellas pruebas cuya realización es por sí misma ilícita y aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, pero incorporadas al proceso en forma lícita.

## V. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE UNA PRUEBA ILÍCITA

Como se deduce de la literalidad del propio artículo 11.1 de la L.O.P.J., al establecer que las pruebas ilícitas «no surtirán efecto» la consecuencia más relevante de las normas es la prohibición de otorgarles efecto alguno. Esta ineficacia puede manifestarse, en principio en dos momentos procesales distintos: uno inicial, en la admisión del elemento probatorio; y otro final, durante la valoración judicial de la prueba desarrollada en el proceso, esto es, en la emisión del juicio jurisdiccional.

La vigencia del artículo 11,1 de la L.O.P.J. además comporta la exigencia de no valorar la prueba ilícita para la configuración fáctica de la sentencia.

En conclusión, la eventual valoración de pruebas ilícitas por parte del órgano jurisdiccional puede ponerse de manifiesto en cualquier instancia del proceso, y sólo la cosa juzgada impide hacer valer la imposibilidad de su utilización.

## VI. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

En el campo del derecho penal el tema de la Prueba ilícita, (supuesto normativo hipotético para la aplicación de la regla de exclusión) genera complejas y profundas discusiones debido a los valores que se conjugan, al decir que un proceso es nulo por razón de que las pruebas sean prohibidas o se practicaron con violación de normas fundamentales o por el desconocimiento de procedimientos legalmente determinados.

La discusión sobre la aplicación categórica y absoluta de la cláusula de exclusión nos lleva a considerar dos aspectos fundamentales, por un lado, se encuentra la efectivización de la sanción penal y la materialización de la justicia y reparación a que tiene derecho la víctima, y por otra parte, el posible choque o dicotomía entre el ejercicio del ius puniendi del Estado y el respeto de la dignidad humana de quien es procesado, esto debido a la posible violación de sus derechos fundamentales para la obtención de los medios de prueba que serán valorados y practicados dentro del juicio Oral y Público.

Ahora bien, el principio de exclusión probatoria se encuentra previsto dentro del artículo 29 Constitucional y consagra que: «(...) Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido Proceso». Por su parte, la ley 906 de 2004 establece en sus normas rectoras este principio constitucional en el artículo 23 C.P., que reza: «Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia.

Siguiendo este planteamiento, nuestro máximo Tribunal Constitucional en sentencias SU-159 de 2002 y C-805 de 2002, delimitó para el ámbito nacional la Teoría de

la exclusión de la prueba denominada «doctrina de los frutos del árbol envenenado», tesis que señala que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma fundamental aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima igual que la prueba ilegal que la originó, de tal manera, que la prueba ilícita inicial no solo afecta a sí misma, sino a todos los frutos o consecuencias que derivan de ella. Doctrina que en apariencia acoge fielmente nuestra legislación en su artículo 23, para luego recibir las discutibles excepciones del artículo 455 de la Ley 906 de 2004.

Por lo anterior surge la imperiosa necesidad de indagar y denunciar las graves consecuencias que pueden llegar a afectar significativamente la indemnidad de los derechos fundamentales del procesado y la integridad del debido Proceso Penal, surgidas a raíz de la relativización de la regla de exclusión probatoria. Así pues, debemos ser categóricos al precisar que no existe forma legal de practicar la prueba prohibida.

## VII. EL EFECTO PSICOLÓGICO DE LA PRUEBA ILÍCITA

Uno de los problemas de más difícil solución que plantea la doctrina de la prueba ilícita es el de sus efectos psicológicos, esto es, la eventual incidencia que en la conciencia del juzgador pueden llegar a tener los elementos probatorios ilícitamente obtenidos.

La simple declaración judicial de ineficacia de la prueba ilícita puede resultar insatisfactoria, pues resulta bastante difícil que el Juez que ha presenciado la práctica de una prueba ilícita o que ha entrado en contacto con la misma pueda sustraerse a su influjo en el momento de valorar el resto del materias probatorio aportado a la causa, esto es, en el momento de formar su convicción.

La declaración de ineficacia de la prueba ilícita resulta insuficiente para evitar toda incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso.

Al objeto de excluir todo influjo de la prueba ilícita creemos que no es suficiente con las exigencias que derivan de la necesaria motivación fáctica de las sentencias (artículo 120.3 de la Constitución). Como señala De Marino, si la prueba prohibida fuese la única prueba relevante podría aceptarse esta solución, pero lo normal será la concurrencia de varias pruebas y las prohibidas pueden influir en la fuerza de convicción de las demás.

El peligro de la contaminación se hace más patente en aquellos procedimientos ante el jurado, sin que la previsión de motivación del veredicto introducida por nuestro legislador en el artículo 6.1.d de la L.O.T.J. solucione adecuadamente el problema.

Por ello, pensamos que de las diferentes opciones propuestas por la doctrina estimamos que la solución más convincente y realista, para evitar toda contaminación del órgano jurisdiccional sería apartar al Juez o a los miembros del jurado que han tenido contacto con la prueba ilícita, pensamos que no es suficiente con la eliminación o exclusión física o material de las pruebas ilícitas o con denegarles legalmente toda eficacia.

## VIII. CONCLUSIONES

- La ilicitud y la legalidad son dos conceptos que inciden directamente sobre la eficacia del Derecho a la prueba, siendo ambos un límite extrínseco del mismo.
- La ilicitud de la prueba comporta la vulneración de cualquier Derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba, y la consecuencia procesal de la misma es la imposibilidad de que «surta efecto alguno», esto es, que pueda ser valorado por el Juez.
- La ilegalidad de la prueba comporta la limitación del Derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por la ley. De esta manera se concreta en materia probatoria el mandato constitucional de sumisión judicial a la ley, no pudiendo el Juez admitir la proposición de pruebas que comporte vulnerar la legalidad ordinaria.
- Ambos conceptos ilicitud e ilegalidad de la prueba tiene un tratamiento procesal distinto. Mientras que la prueba ilícita exige siempre un incidente contradictorio entre las partes, por lo que se excluye que el Juez pueda admitirla ab initio o estimar directamente su existencia sin antes proceder al incidente del artículo 287 L.E.C.; la prueba ilegal sólo permite un control inicial, esto es, en el momento de la admisión.
- La doctrina de los «frutos del árbol prohibido» supone un límite a la eficacia y virtualidad del Derecho a prueba, configurado como fundamental en nuestra norma normarum (artículo 24.2 de la Constitución), lo que obliga, como reiteradamente destaca el Tribunal Constitucional, a efectuar una lectura restrictiva del mismo. Esta interpretación conduce a negar que el artículo 11,1 de la L.O.P.J. suponga la consagración legal de los efectos de la prueba ilícita, además, en el proceso civil, en ningún momento se recoge la doctrina del árbol prohibido.
- La eventual valoración de pruebas ilícitas por parte del órgano jurisdiccional puede ponerse de manifiesto en cualquier instancia del proceso, y sólo la cosa juzgada impide hacer valer la imposibilidad de su utilización.